

CEDERQUIST

Klient: Diskrimineringsombudsmannen
Att: Peter Wråke
Avs: Malin Allard och Henrik Lindstrand
Datum: den 19 juni 2017
Angående: Immaterialrättsliga frågor rörande Analys lönelots

1. BAKGRUND

Diskrimineringsombudsmannen ("DO") erbjuder ett verktyg, *Analys lönelots*, för att kartlägga löneskillnader, innebärande i korthet att användaren (arbetsgivaren) får vägledning i sin analys och värdering av ett arbete jämfört med andra arbeten genom ett poängbaserat system ("**Verktyget**"). På www.do.se kan man finna vägledande dokument, tekniskt stöd i form av ett datorprogram, dokumentation avseende datorprogrammet samt en presentation av Verktyget.

2. ÅTNJUTER VERKTYGET UPPHOVSRÄTTSLIGT SKYDD?

2.1 Inledning

För att bestämma huruvida Verktyget åtnjuter upphovsrättsligt skydd har vi delat upp de olika delarna som ingår i Verktyget enligt följande.

- a) Vägledande dokument, manualer, instruktioner, presentationer och övrig dokumentation avseende Verktyget ("**Materialet**").
- b) Det datorprogram som tillhandahålls som stöd för Verktyget ("**Datorprogrammet**").

Enligt den beskrivning som vi fått avseende Verktyget i det material som tillhandahållits av DO, samt vad vi funnit på www.do.se, bedömer vi att både Materialet och Datorprogrammet åtnjuter upphovsrättsligt skydd, enligt vad som närmare anges nedan.

2.2 Datorprogrammet

I upphovsrättslagen (1 kap 1 § 2 p.) anges att datorprogram åtnjuter upphovsrättsligt skydd. Detta skydd omfattar dock inte manualer till datorprogrammet, utan de åtnjuter skydd om de uppfyller de krav som gäller för litterära verk i övrigt.

2.3 Materialet

Förutsättningen för att ett verk ska föreligga i upphovsrättslagens mening är att det har viss individuell särprägel och i någon mån är unikt och resultatet av en individuell skapande verksamhet. Man talar om att det uppnår s k "verkshöjd". EU-domstolen använder begreppet "originalitet", vilket har anses överensstämma med vårt svenska verkshöjdsbegrepp. Kraven för verkshöjd är relativt lågt ställda.

(Högsta domstolen har exempelvis ansett att utformningen av en ICA-kasse uppnår verkshöjd¹, dock inte ett matrecept².) De olika delarna i Materialet uppnår sannolikt verkshöjd och åtnjuter därmed upphovsrättsligt skydd.

2.4 Upphovsrättens omfattning

Upphovsrätten är ett *formskydd* och avser inte att ge skydd för de fakta eller idéer som ett verk innehåller, utan endast den *speciella utformning som upphovsmannen har gett dem*.³ Den abstrakta idén som ligger bakom innehållet i den metod som Verktuget baseras på skyddas alltså inte av upphovsrätten, men vi anser att metoden i detta fall har kommit till uttryck i Materialet.

Beträffande skyddsomfånget ska också nämnas att detta är begränsat i fall där verket/datorprogrammet i fråga inte är särskilt unikt och utrymmet för dubbelskapande därmed är stort. Enligt den information vi erhållit är Datorprogrammets uppbyggnad inte särskilt avancerad eller unik, och det får betydelse för bedömningen av skyddsomfånget, d v s när ett upphovsrättsintrång ska anses föreligga. Originaliteten avseende Materialet kan också diskuteras då mycket av innehållet i detta baseras på lagstiftning och uttalanden i förarbeten.

Möjligheterna för någon annan att skapa ett verktyg för att utföra analys och kartlägga löneskillnader utan att det omedelbart skulle anses innebära ett intrång i upphovsrätten avseende Verktuget tycks, vid en första anblick, relativt goda. Vi har dock inte gjort någon vidare analys avseende detta.

3. DO:S RÄTTIGHETER TILL VERKTYGET

3.1 Materialet

3.1.1 Ursprungliga versionen

Såvitt vi förstår har den ursprungliga versionen av Materialet skapats av Anita Harriman och Carin Holm. Anita Harriman hade vid den aktuella perioden en projektanställning vid dåvarande JämO (numera DO). Formerna för, och omfattningen av, Carin Holms arbete och bidrag vid utvecklingen av Materialet har inte kunna verifieras.

Vi förstår vidare att Materialet är en "avskalad" version av en liknande metod (kallad "HAC-systemet"), som Anita Harriman och Carin Holm skapat inom ramen för deras tidigare anställning vid Arbetslivsinstitutet. Vi har dock inte gjort någon jämförelse mellan Materialet och HAC-systemet. Det kan inte uteslutas att delar av HAC-systemet ingår i Materialet, att dessa delar är upphovsrättsligt skyddade samt att Arbetslivsinstitutet, som dåvarande arbetsgivare, eventuellt skulle kunna göra anspråk på rätten till HAC-systemet. Arbetslivsinstitutet är dock nedlagt sedan 2007 och enligt DO:s uppgift har aldrig några sådana indikationer framställts. Vi har därför inte utrett detta närmare. Vi vet

¹ NJA 1990 s. 499

² NJA 1927 s. 357

³ Inom internationell rätt har detta kommit till uttryck t.ex. i artikel 9.2. i det s.k. TRIPS-avtalet och senast i artikel 2 i WIPO-fördraget om upphovsrätt (WCT). I den senare artikeln anges (i svensk översättning): "Upphovsrättsligt skydd omfattar uttrycksformer men inte idéer, förfaranden, utförandemetoder eller matematiska begrepp som sådana" eller, i den engelska originaltexten: "Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such".

heller ingenting om vad som angavs i anställningsavtalen eller om det fanns andra överenskommelser med upphovsmännen avseende reglering av rättigheter till HAC-systemet.

Vi har tagit del av Anita Harrimans anställningsavtal med JämO, vilket dock inte reglerar rätten till det som skapas inom ramen för anställningen. I avsaknad härav är utgångspunkten att upphovsrätten från början tillkommer den fysiska person som skapat verket och att arbetsgivaren har en rätt att nyttja verket för dess avsedda ändamål. En överlåtelse av verket, eller en vidareupplåtelse av samtliga rättigheter att nyttja verket, till tredje part utgör typiskt sett inte ett sådant förfogande av verket som faller inom ramen för arbetsgivarens rätt att nyttja verket.

Vi har även tagit del av kollektivavtalet Villkorsavtal-T mellan Arbetsgivarverket och Saco-S, i lydelse från och med 2013-06-01, men inte heller det avtalet reglerar rätten till verk skapade inom ramen för anställningen. Det är fullt möjligt att träffa muntliga överenskommelser om rättighetsreglering, men vi har inte kunnat verifiera, baserat på det material vi haft tillgång till, huruvida Anita och JämO träffat någon muntlig överenskommelse innebärande att samtliga rättigheter till Materialet överlåtits till JämO. Det kan dock finnas andra faktorer och omständigheter som medför att upphovsrätten ska anses överlåten till arbetsgivaren, men vi har inte erhållit någon information som gör att vi kan bedöma om så är fallet i detta fall.

Vi har således inte kunnat verifiera att samtliga rättigheter till Materialet som skapats av Anita Harriman i hennes anställning hos JämO har övergått till JämO.

3.1.2 Uppdateringar

Vi har även blivit informerade om att Materialet har uppdaterats i omgångar till följd av förändringar i diskrimineringslagstiftningen, vilket skett av Anita Harriman efter sin tid som anställd hos JämO, genom att DO anlitat Anita Harrimans konsultfirma "TESSA". Vi har tagit del av ett avtalsutkast daterat 27 december 2013 vilket såvitt vi förstår på DO utgör ett representativt exempel avseende de avtal som ingåtts mellan DO och TESSA avseende uppdateringar av Materialet. Avtalet innehåller dock ingen reglering av immateriella rättigheter till uppdateringarna.

Vi har således inte heller kunnat verifiera att samtliga rättigheter till uppdateringar i Materialet som skapats av Anita på konsultbasis har övergått till DO. Dock vet vi inte hur omfattande dessa uppdateringar varit eller huruvida de erhållit upphovsrättsligt skydd.

3.2 Datorprogrammet

Enligt DO:s uppgifter har Datorprogrammet skapats av Arne Nilsson inom ramen för en visstidsanställning hos JämO. Till skillnad från andra verk övergår rätten till datorprogram som skapats inom ramen för ett anställningsförhållande direkt till arbetsgivaren, enligt 40 a i upphovsrättslagen.

Såvitt vi förstår har dock viss uppdatering av Datorprogrammet skett efter Arnes anställning hos JämO, bl.a. av Arnes konsultfirma Deriva Musik & IT AB och sannolikt delvis även av Weightpoint AB (i vissa fall som underkonsulter till TESSA). Till skillnad från datorprogram som skapas inom ramen för en anställning övergår inte upphovsrätten i datorprogram till uppdragsgivaren som skapas av en uppdragstagare, såvida inte annat följer av uppdragsavtalet. Förutom det avtalsutkast med TESSA som nämns i punkten 3.1.2 ovan, har vi inte fått del av några avtal rörande uppdateringar av

Datorprogrammet. Vi har därför inte kunnat verifiera att samtliga rättigheter till uppdateringarna i Datorprogrammet har övergått till DO. Vi vet heller inte hur omfattande dessa uppdateringar varit eller huruvida de erhållit upphovsrättsligt skydd.

4. VARUMÄRKESRÄTTSLIGA ASPEKTER

Vi noterar att "Lönelotsarna" sedan 2007 är ett registrerat varumärke inom rådgivningstjänster för företagsledning och innehas av Anita Harriman Tessa, Carin Holm med firma Carin Holm Konsult, Eva R Andersson med firma Eva R Andersson Arbetslivskonsult, Marie Trollvik samt Sundqvist & Sundqvist Aktiebolag.

Även om vi inte anser att DO är förhindrat att själv använda benämningen "Analys Lönelots" i tillhandahållandet av Verktuget (då denna benämning har använts innan varumärket "Lönelotsarna" registrerades), anser vi att den fortsatta användningen av "Analys Lönelots" bör säkerställas inför att DO upphör att själv tillhandahålla Verktuget.

5. STATSSTÖDSREGLER OCH REGLER OM ÖVERLÅTELSE AV STATENS LÖSA EGENDOM

Regler om statsstöd finns i artiklarna 107-109 i EUF-fördraget och kompletteras av lagen om otillåtet statligt stöd (2013:388). Statsstödsreglerna innebär att stöd som utgår från allmänna medel till visst eller vissa företag, som snedvrider konkurrensen och som påverkar handel mellan medlemsstater är förbjudet. Av detta följer bland annat att när det allmänna avyttrar något måste det vara till marknadspris, vilket kan uppskattas genom värdering eller erhållas genom ett anbudsförfarande. Statsstöd vars värde understiger 200 000 EUR (räknat över en treårsperiod) anses dock inte snedvrida konkurrensen varför sådana statsstöd är undantagna statsstödsförbudet.

En första fråga att ta ställning till är således i vilken mån DO skulle anses överlåta/avhända sig något till ett eller flera specifika företag som innebär en ekonomisk fördel för dessa och i så fall om värdet härav skulle uppgå till minst 200 000 EUR. Om så är fallet har man att bedöma huruvida konkurrensen som en konsekvens av stödet/förmånen riskerar att snedvridas (mellan stödmottagaren(arna) och dess konkurrenter).

Utöver statsstödsreglerna innehåller förordning (1996:1191) om överlåtelse av statens lösa egendom krav på att försäljning av statens lösa egendom ska genomföras affärsmässigt. Enligt motsvarande förordning rörande fast egendom, är kravet på affärsmässighet likställt med försäljning till marknadsvärde. Dock finns inget uttalat krav på att försäljningen ska ske genom anbudsförfarande. I samband med Konsumentverkets försäljning av "Råd och Rön" till Sveriges konsumentråd, vilken skedde utan att först erbjuda rättigheterna på den fria marknaden, ansåg Konsumentverket att köparen var den enda potentiella intressenten då köparen måste stå för ett konsumentintresse och tidningen inte får användas för kommersiellt bruk. Riksrevisionen godtog dock inte Konsumentverkets motivering bl.a. för att överlåtelseavtalet inte stipulerade att verksamheten inte fick bedrivas för kommersiellt bruk samt för att ingen marknadsmässig värdering hade gjorts av varumärket innan överlåtelsen. Det är oklart huruvida bestämmelserna tillämpas på *upplåtelse* av lös egendom.

6. ALTERNATIV

6.1 Inledning

Vi förstår att DO avser att upphöra med att tillhandahålla Verkytget, främst eftersom Verkytgets uttryckliga koppling till DO kan ge upphov till en oavsedd normerande effekt på marknaden. Samtidigt önskar DO att Verkytget ska kunna användas, tillhandahållas och vidareutvecklas även fortsättningsvis. Detta skulle förutsätta att en eller flera aktörer åtar sig att tillhandahålla Verkytget på motsvarande villkor som DO för närvarande tillämpar (bl.a. vederlagsfritt) och att den eller de aktörer som åtar sig att tillhandahålla Verkytget har de rättigheter som krävs för att tillhandahålla Verkytget. I enlighet med vad som anges i punkten 3 ovan, har vi inte kunnat verifiera att DO har samtliga rättigheter till Verkytget. Vi anser särskilt att det kan ifrågasättas om DO har rätt att upplåta och överlåta upphovsrätten till Materialet. Således uppfattar vi att DO har tre huvudsakliga alternativ för att tillgodose DO:s önskemål, vilka närmare beskrivs i punkterna 6.2-6.4 och sammanfattas i punkten 6.5

6.2 Överlåtelse av hela Verkytget till en aktör

DO skulle enligt detta alternativ överlåta rättigheterna till Verkytget till en aktör som åtar sig att tillhandahålla Verkytget vederlagsfritt till arbetsgivare på motsvarande villkor som DO har tillämpat avseende Verkytget. Detta alternativ skulle förutsätta att övriga upphovsmän tillsammans med DO överlåter sina rättigheter på motsvarande villkor eller att DO träffar avtal med övriga upphovsmän enligt vilket deras rättigheter till Verkytget först övergår till DO så att DO därefter kan överlåta samtliga rättigheter till Verkytget till den övertagande aktören. Även rätten att fortsätta använda "Analys Lönelots" bör säkerställas i förhållande till innehavarna av varumärket "Lönelotsarna".

Överlåtelser skulle eventuellt bli föremål för statsstödsreglerna eftersom en överlåtelse av rättigheterna till Verkytget, till sin natur, innebär att endast en aktör övertar rättigheterna.

6.3 Upplåtelse av samtliga rättigheter till hela Verkytget till en eller flera aktörer

DO skulle enligt detta alternativ upplåta rättigheterna till Verkytget till en eller flera aktörer som åtar sig att tillhandahålla Verkytget vederlagsfritt till arbetsgivare på motsvarande villkor som DO har tillhandahållit Verkytget. Detta alternativ skulle sannolikt förutsätta att övriga upphovsmän tillsammans med DO upplåter sina rättigheter på motsvarande villkor eller att DO träffar avtal med övriga upphovsmän enligt vilket deras rättigheter till Verkytget först övergår till DO så att DO därefter kan upplåta samtliga rättigheter till Verkytget till den övertagande aktören. Även rätten att fortsätta använda "Analys Lönelots" bör säkerställas i förhållande till innehavarna av varumärket "Lönelotsarna".

Även om DO förvisso har möjlighet att upplåta licenser löpande (eftersom DO behåller upphovsrätten till Verkytget) uppfattar vi att DO, utifrån bl.a. administrativa hänseenden, endast önskar erbjuda möjlighet att teckna licenser under en begränsad period. Således skulle eventuellt även en upplåtelse av samtliga rättigheter komma att bli föremål för statsstödsreglerna (eftersom endast de som under denna period visat sitt intresse skulle ges rätt att tillhandahålla Verkytget). Genom att till var och en som uppfyller DO:s krav upplåta en vederlagsfri licens till Verkytget skulle dock statsstödsreglerna sannolikt inte bli relevanta, dels eftersom det kan antas att värdet av det som upplåts under sådana

omständigheter vida understiger EUR 200 000 (om det alls har något ekonomiskt värde) och *dels* eftersom konkurrensen sannolikt ökar om alla som uppfyller DO:s krav erhåller en licens.

6.4 Överenskommelse om avstående/överlåtelse av DO:s rättigheter till övriga upphovsmän

DO skulle enligt detta alternativ ingå överenskommelse med övriga upphovsmän (vilka, såvitt vi förstår, alla är kopplade till Lönelotsarna) enligt vilken:

- a) det konstateras att parterna inte fullt ut kunnat verifiera sina inbördes rättigheter till Verktygets olika delar men att parterna är överens om att ett oinskränkt förfogande av upphovsrätten till Verktyget i dess helhet kräver samtliga parter samtycke;
- b) DO avstår från att göra gällande sina rättigheter till Verktyget (förslagsvis genom överlåtelse);
- c) övriga upphovsmän åtar sig att tillhandahålla Verktyget på motsvarande villkor som DO tillhandahåller, innebärande bland annat att (i) både andra aktörer/konkurrenter och arbetsgivare ska kunna erhålla en vederlagsfri licens att använda och vidareutveckla Verktyget, (ii) källkoden till Datorprogrammet hålls tillgängligt till var och en som önskar använda den och (iii) licenser som tidigare upplåtits till arbetsgivare ska gälla oförändrat; samt
- d) innehavarna av varumärket "Lönelotsarna" bekräftar att varumärket inte ska hindra att "Analys Lönelots" fortsättningsvis används av andra aktörer.

Statsstödsreglerna skulle eventuellt bli tillämpliga på överenskommelsen, men värdet av det som DO avstår/överlåter är sannolikt lägre än vid en överlåtelse av upphovsrätten till hela Verktyget (dock att vi inte kunnat göra någon närmare uppskattning av förhållandet mellan värdet av det som DO avstår/överlåter och det som övriga upphovsmän har rättigheterna till). Därtill kan det ifrågasättas om någon konkurrensnedvridning överhuvudtaget kan uppstå. DO kan även anföra att DO:s valmöjligheter varit begränsade på immaterialrättsliga grunder varför ett avstående av rättigheter synes vara det minst omfattande och ingripande agerandet från DO:s sida.

6.5 Sammanfattande kommentarer

Såvitt vi förstår är den huvudsakliga anledningen till DO:s beslut att upphöra att tillhandahålla Verktyget att bryta kopplingen mellan Verktyget och DO i syfte att undvika att Verktyget anses ha normerande verkan. Vi har även förstått att DO önskar slippa ansvar och administration kring uppdateringar, användarsupport, licensiering, mm. Baserat på dessa överväganden synes enligt vår uppfattning en upplåtelse enligt punkten 6.3 (dvs. alternativ 2) inte vara att föredra.

Vi förstår även att DO, inte minst som statlig myndighet, är särskilt mån om att ingen aktör på marknaden ska förfördelas eller på icke objektiva grunder ha sämre förutsättningar att nyttja Verktyget än andra aktörer.

Mot bakgrund härav och även med hänsyn till:

- a) oklarheten kring upphovsrättens fördelning mellan olika parter och därmed svårigheterna att, utan överenskommelse mellan alla parter som enligt denna PM identifierats som bidragande till utvecklingen av Verktyget, genomföra en överlåtelse enligt punkten 6.2; och
- b) svårigheterna att, även efter överenskommelse mellan övriga upphovsmän, genom ett anbudsförfarande utse en enskild aktör att överlåta upphovsrätten till; så

framstår avstående av DO:s rättigheter till förmån för övriga upphovsmän (enskilt eller tillsammans som "Lönelotsarna") enligt punkten 6.4 som ett jämförelsevis bättre alternativ än en överlåtelse enligt punkten 6.2.

Vi anser även att utformandet av överenskommelsen i enlighet med vad som föreslås i punkten 6.4 medför att de faktiska negativa konkurrens effekterna på marknaden blir ytterst begränsade. Därmed är enligt vår bedömning även risken för att det föreslagna alternativet skulle anses utgöra en överträdelse av statsstödsreglerna att betrakta som låg. Vi uppfattar slutligen att det finns goda argument till stöd för att en överenskommelse enligt punkten 6.4 skulle anses vara affärsmässig enligt bestämmelserna om försäljning av statens lösa egendom, mot bakgrund av de immaterialrättsliga omständigheterna i detta fall, samt med hänsyn till att överenskommelsen innehåller uttryckliga krav på övriga upphovsmän avseende de villkor som ska tillämpas för det fortsatta tillhandahållandet av Verkyget.